

° REPÚBLICA DE COLOMBIA



**Departamento de Arauca
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 134

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, julio seis (6) de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: 81-001-31-18-001-2020-00059-01
RAD. INTERNO: 2020-00047
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: JORGE ELIECER MONTERO BERNIER.
ACCIONADO: ESE JAIME ALVARADO Y CASTILLA Y OTROS

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER contra la sentencia del 28 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones mixtas de Arauca¹, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de amparo invocada por el actor.

ANTECEDENTES²

El señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, expuso en su escrito de tutela que, mediante Resolución No. 063 de abril 2 de 2020, fue nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción en el cargo de Subgerente del Área de la Salud de la planta de personal de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, y que paralelamente tiene relación contractual como médico general con el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E. en horario nocturno, por orden de prestación de servicios- OPS, sin que esta última se cruce con la jornada laboral de la ESE.

¹ Dr. Carlos Eusebio Caro Sánchez

² Fls. 2 a 8 Cdno digital del Juzgado parte 1

Expuso, que la Gerente de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, por Acto Administrativo GER-TRD-510.25.07 GER.500.2020-58, le notificó la inhabilidad para el ejercicio del cargo como Subgerente y le solicitó su renuncia irrevocable, sin ningún fundamento jurídico.

Conforme a lo anterior explicó, que el 8 de mayo de la presente anualidad envió escrito exponiendo las razones por las cuales no presentaría la renuncia al cargo, sin embargo, el 12 de ese mismo mes y año por oficio TD.510.25.07 T.H. 520.20.233 le notificaron la Resolución No. 079 de 2020, por medio de la cual lo declararon insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción como Subgerente del Área de la Salud de ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca.

Indicó, que es inconstitucional e ilegal la terminación de la relación de trabajo en la modalidad de libre nombramiento, mediante la declaratoria de insubsistencia realizada por la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, toda vez que la declaratoria de emergencia, como estado de excepcionalidad, le impide a cualquier entidad pública suspender o terminar la vinculación laboral vigente.

Conforme a lo expuesto solicitó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la declaratoria de estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica, y los consagrados en la Constitución Política y en Tratados Internacionales, que versan sobre los derechos humanos y que conforme lo ordena en el artículo 93 de la Carta prevalecen sobre el orden interno, para que como consecuencia de ello se ordene a la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca que de manera urgente, inmediata y prioritaria lo reintegre al cargo como Subgerente del Área de la Salud, y se le prevenga de dilatar o tomar decisiones administrativas que obstaculicen el acceso al trabajo.

Pidió, como medida provisional, se emitiera orden dirigida a la entidad accionada para que lo reintegrara al cargo de Subgerente del Área de la Salud con el fin que no se le continúen vulnerando sus derechos al trabajo y al debido proceso, con base el artículo 215 de la C.P. – Declaratoria de Estado de emergencia, teniendo en cuenta que dicho estado de excepción fue declarado ante la amenaza mundial de la pandemia del Coronavirus y el Sistema de Salud resulta un servicio prioritario para la defensa de la vida, especialmente en un territorio como el Departamento de Arauca que padece una crisis de servicios clínicos y hospitalarios y una precaria asistencia de salud.

Con el objeto de sustentar sus pretensiones aportó copia de los siguientes documentos: (i) documento de identidad³; (ii) oficio GER-TRD-510.25.07 GER.500.2020-58 de mayo 7 de 2020, a través del cual le informan la inhabilidad para el ejercicio del cargo conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que se encuentra ejerciendo labores asistenciales en el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E., y lo instan a presentar inmediatamente la renuncia porque de lo contrario se procederá a revocar el nombramiento⁴; Oficio del 8 de mayo de 2020 dirigido a la Gerente de la ESE por el actor por medio del cual le explica que, conforme lo establece la Ley 269 de 1996 en el inciso 2º del artículo 2º y la Sentencia de la Corte C-206 de 2003, "(...) *el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público*", y le indica que efectivamente se encuentra vinculado con el Hospital mediante orden de servicios en la jornada nocturna o en algunos fines de semana, horario que no se cruza con el establecido en la ESE⁵; Planilla de cuadro de turnos de la Entidad Hospitalaria⁶; nuevo oficio del 8 de mayo dirigido a la Gerente de la ESE ampliando su respuesta frente a la presunta inhabilidad para desempeñar el cargo⁷; contrato No. 2-0647 de 2020, suscrito entre el accionante y el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E. junto con sus anexos⁸; oficio TRD. 510.25.07 T.H. 520.20.233, firmado por la Gerente de la accionada para notificarle al accionante la Resolución No. 079 de mayo 12 de 2020, que declara insubsistente el nombramiento como Subgerente Área de la Salud de la ESE⁹, y; la renombrada Resolución¹⁰.

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado al Juzgado Penal del Circuito de Adolescentes de Arauca¹¹, Despacho que por auto del 13 de mayo de 2020¹² procedió a: (i) admitir la acción constitucional contra la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, la PROCURADURÍA REGIONAL DE ARAUCA y el MINISTERIO DE TRABAJO; (ii) Negar la medida provisional solicitada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Ley 2591 de 1991; (iii) vincular al MUNICIPIO DE ARAUCA y al HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E., y; (iv) conceder a las accionadas y vinculadas el término de dos (2) días para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela.

³ Fl. 9 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁴ Fls. 10 a 12 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁵ Fl. 13 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁶ Fl. 14 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁷ Fls. 16 a 19 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁸ Fls. 20 a 30 Cdno digital del Juzgado parte 1

⁹ Fl. 31 Cdno digital del Juzgado parte 1

¹⁰ Fl. 32 Cdno digital del Juzgado parte 1

¹¹ Fl. 35 Cdno digital del Juzgado parte 1

¹² Fls. 36 a 40 Cdno digital del Juzgado parte 1

INFORME DE LAS ACCIONADAS

1. Mediante escrito del 15 de mayo de 2020¹³, el PROCURADOR REGIONAL DE ARAUCA indicó que tuvo conocimiento de los hechos expuestos por el actor por lo que, en virtud a lo establecido en el numeral 8º del artículo 75 del Decreto 262 de 2000, el 8 de mayo de la presente anualidad requirió a la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca para que informara las razones y la justificación legal que tuvo la Dirección de la Entidad para solicitarle la renuncia al señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, toda vez que debido al estado de emergencia sanitaria y económica generada por la pandemia del coronavirus COVID-19, por disposición del Gobierno Nacional, se encuentra restringido todo despido o terminación de relaciones laborales o contractuales relacionadas con el personal de la salud en el país.

Finalmente, señaló que la accionada no ha dado respuesta a su solicitud y que considera que actuó de manera arbitraria y con total desconocimiento del derecho de defensa y contradicción, vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

2. Mediante escrito del 15 de mayo de 2020¹⁴, la apoderada judicial de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, expuso que mediante comunicación escrita se le hizo saber al accionante la información obtenida por el personal que labora en esa entidad quienes, entre otras cosas, señalaron que él tiene vínculo laboral vigente con el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA a través de un contrato de prestación de servicios.

Explicó, que la comunicación de la inhabilidad para desempeñar el cargo está sustentada en el art. 128 de la Constitución Política, en las excepciones establecidas en el art. 19 de la Ley 4 de 1992, en concordancia con la Ley 269 de 1996 y el art. 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017, por el cual se modificó y adicionó el Decreto 1083 de 2015.

Indicó, que es cierto que el accionante allegó escrito de fecha 8 de mayo de 2020, por el cual dio a conocer el vínculo laboral con el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E. bajo la modalidad de Orden de Prestación de Servicios profesionales de salud, y argumentando que tal situación se encuentra avalada por el Congreso de la República, a través de la Ley 269 de 1996, y por la Corte Constitucional en la sentencia C-206 de marzo 11 de 2003, y que el actor no desempeñaba una función asistencial en salud en la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de

¹³ Fl. 1 Cdno digital del Juzgado parte 2

¹⁴ Fls. 3 a 15 Cdno digital del Juzgado parte 2

Arauca, sino de nivel directivo, de manejo, de confianza, además que no relacionó ni mencionó nada en la hoja de vida que arrimó como información para el nombramiento en el cargo.

Manifestó, que por regla general los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia de las funciones de su cargo o de la suma de confianza que exige su labor.

Expuso, que la insubsistencia es una causal libre de retiro del servicio ya que se trata de una potestad discrecional de remoción que se otorga al nominador, *“con la intención de acabar la vinculación con el empleo para el cual el servidor fue designado, cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad”*, y que bajo esa facultad fue retirado del cargo el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, además en pro del mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio, toda vez que el 5 de mayo de la presente anualidad recibió queja por parte del personal asistencial donde informaban el *“defectuoso desempeño”* del señor MONTERO BERNIER.

Finalmente, solicitó que, en caso de avizorarse falta disciplinaria en la que pudo incurrir el accionante al tomar posesión en el cargo con inhabilidad para su ejercicio, se ordene compulsar copias a la autoridad competente.

Anexó a su escrito copia de la Resolución 063 de 2020, por medio de la cual se efectuó el nombramiento de JORGE ELIECER MONTERO BERNIER como Subgerente Área de la salud¹⁵, junto con el acta de posesión¹⁶; escrito firmado por varios funcionarios de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca exponiendo las inconformidades con los procesos del personal asistencial atribuidos a la Subgerencia de Salud.

3. Mediante escrito del 15 de mayo de 2020¹⁷, el Director Territorial de Arauca del MINISTERIO DE TRABAJO, expuso que no le constan los hechos expuestos por el accionante y que no ha vulnerado los derechos fundamentales por él invocados, razón por la cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó su exoneración de la presente acción.

¹⁵ Fl. 23 Cdno digital del Juzgado parte 2

¹⁶ Fl. 24 Cdno digital del Juzgado parte 2

¹⁷ Fls. 31 a 33 Cdno digital del Juzgado parte 2

4. A través de escrito del 18 de mayo de 2020¹⁸, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del MUNICIPIO DE ARAUCA indicó, que la tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, toda vez que existe la acción de nulidad y restablecimiento de derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos.

Destacó, que esta acción constitucional es de carácter residual y subsidiario, y solo se torna procedente si se evidencia un perjuicio irremediable que amerite su estudio de fondo, situación que no es la del presente caso, toda vez que la desvinculación del actor en ningún momento lo ha puesto en estado de debilidad manifiesta, pues como él mismo lo señaló recibe honorarios por los servicios que presta al HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E.

Finalmente, expuso, que el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER está en capacidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, para controvertir el acto administrativo que resolvió declararlo insubsistente en el cargo de Subgerente Área de Salud de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca. Solicitó, por lo tanto, se declare improcedente el amparo petitionado.

5. A través de escrito del 18 de mayo de 2020¹⁹, la Directora del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E. manifestó que el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER se encuentra vinculado a esa entidad hospitalaria por contrato de prestación de servicios No. 2-0747 de 2020 del 30 de abril de 2020, cuyo objeto es la "*Prestación de servicios profesionales como médico general del Hospital San Vicente de Arauca ESE*", el cual anexó como prueba²⁰.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²¹.

Mediante providencia del 28 de mayo de 2020, el *a quo* decidió declarar improcedente la solicitud de amparo presentada por el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, argumentando que los actos administrativos que expide la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, en el marco de las facultades discrecionales otorgadas para el nombramiento y remoción de los funcionarios que ejercen labores directivas y de confianza, son susceptibles de ser demandados ante el juez administrativo, a través del control de nulidad y

¹⁸ Fls. 34 a 39 Cdno digital del Juzgado parte 2

¹⁹ Fls. 48 y 49 Cdno digital del Juzgado parte 2

²⁰ Fls. 50 a 53 Cdno digital del Juzgado parte 2

²¹ Fls. 1 a 12 Cdno digital del Juzgado parte 3

restablecimiento de derecho conforme lo establece el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el cual es un mecanismo idóneo para resolver ese tipo de inconformidades *máxime* cuando puede solicitar una medida cautelar que se anticipe a la materialización de un perjuicio.

Expuso, que si bien es cierto la jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los cuales procede la acción de tutela contra actos administrativos, también lo es que no obra prueba siquiera sumaria en el plenario que demuestre que la declaratoria de insubsistencia del señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER afecta su mínimo vital y pone en riesgo su subsistencia pues, como él mismo lo señaló, es un profesional en salud y cuenta con unos ingresos mensuales que ascienden a la suma de \$6.000.000, provenientes del contrato con el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E..

Aclaró, que el argumento expuesto por el accionante sobre la afectación en la prestación del servicio de salud en el Departamento de Arauca no es de recibo pues, tal como lo advirtió la entidad accionada, el cargo que se encontraba desempeñando el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER en la ESE es de nivel directivo, cuyas funciones están definidas en el Acuerdo 011 de 2018 por la cual se modifica tal manual de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, y no tienen nada que ver con labores asistenciales en salud.

Finalmente, expresó, que conforme lo señala la Corte Constitucional en Sentencia SU-0003 de 2018, con ponencia del Dr. Carlos Bernal Pulido, la decisión de declarar insubsistente al accionante se emitió con respeto de las garantías procesales, y no se encuentran satisfechas las exigencias establecidas por la jurisprudencia para que se entienda acreditado el requisito de subsidiariedad.

IMPUGNACIÓN²²

Inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia, el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER la impugnó argumentando que la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento de derecho no es la idónea para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Indicó, que en virtud a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, como estado de excepción, ninguna entidad pública puede suspender o terminar la vinculación laboral de los servidores públicos por prohibición expresa de los artículos 215 de la Constitución

²² Fl. 27 a 38 Cdo digital del Juzgado parte 3

Política y 4, 5 y 50 de la Ley 137 de 1994, razón por la cual la declaratoria de insubsistencia proferida por la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca es inconstitucional e ilegal, y va en contravía del Decreto Legislativo No. 491 de marzo 21 de 2020 y de la Circular Externa No. 0022 de marzo 19 de la presente anualidad.

Agregó, que la Organización Internacional del Trabajo en el comunicado de marzo 18 de 2020 insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para proteger a los trabajadores, empleadores y a sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID-19; proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo, estimular la economía y el empleo, y; sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.

Expuso, que no reclama la protección al mínimo vital, porque sería un desatino, sino la protección de los derechos al trabajo y al debido proceso, de conformidad con el artículo 215 de la Constitución y el Decreto 417 de marzo de 2020, por el cual el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y prohibió el despido de servidores públicos durante la pandemia.

Corolario de lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia y proteger sus derechos conculcados, ordenando el reintegro al cargo que venía desempeñando por el periodo que dure la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para adolescentes con funciones mixtas de Arauca el 28 de mayo de 2020, conforme al art. 37 del Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. La subsidiariedad de la acción de tutela frente a actos administrativos.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que de acuerdo a lo normado en el artículo 86 del Estatuto Superior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable, siendo obligación de los ciudadanos acudir a los mecanismos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos. Es así que con el objeto del establecer si en determinada circunstancia se está o no ante la inminencia de un perjuicio irremediable el máximo Tribunal Constitucional ha señalado:

"Para determinar si se está configurando un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha señalado unos elementos que se deben presentar, como lo son: (i) la inminencia, la cual se presenta cuando existe una situación "que amenaza o está por suceder prontamente"²³, con la característica de que sus consecuencias dañinas se pueden dar a corto plazo, lo que hace urgente tomar medidas oportunas y rápidas para evitar que se lleve a cabo la afectación; (ii) la urgencia, que se relaciona directamente con la necesidad o falta de algo que es necesario y que sin eso se pueden amenazar garantías fundamentales, que exige una pronta ejecución y que sea de forma ajustada a las circunstancias de cada caso; (iii) la gravedad, que se puede ver cuando las consecuencias de esa falencia o necesidad han producido o pueden producir un daño grande e intenso en el universo de derechos fundamentales de una persona, lo cual puede desembocar en un menoscabo o detrimento de sus garantías. Dicha gravedad se reconoce fundada en la importancia que el ordenamiento jurídico le concede a ciertos bienes bajo su protección"²⁴:

"La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente"²⁵.

Finalmente, (iv) la imposterabilidad de la acción, que lleva a que el amparo sea realmente oportuno pues, si se llegara a tardar o posponer se corre el riesgo de que no resulte lo eficaz que se requiere, así, se hace necesario acudir al amparo constitucional para obtener el restablecimiento o protección de los derechos fundamentales y evitar la amenaza o vulneración de los mismos, y las consecuencias que podría traer al accionante.

Concluyendo, la Corporación ha señalado que la acción de tutela resulta improcedente cuando dicha situación se puede ventilar ante la jurisdicción ordinaria o la contenciosa, según el caso, pero de manera excepcional se admite su procedencia cuando la persona no cuente con otro mecanismo de defensa o cuando este mecanismo existe pero no es el idóneo o resulte ineficaz para la protección de sus derechos, y se incluyó una circunstancia más, y es que cuando se evidencian los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e imposterabilidad de la acción²⁶, se configure un perjuicio irremediable y éste se pretenda evitar, como sucede con las personas que conforman los grupos poblacionales que están llamados a gozar de una protección especial del estado.²⁷

²³ Sentencia T-225 de 2003, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴ Sentencia T-576ª de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²⁵ Sentencia T-225 de 1993 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-046/16, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De la misma forma ha señalado el alto Tribunal que en el evento de determinarse la existencia de un medio de defensa judicial para la salvaguarda del derecho fundamental invocado, ha de examinarse si dicho mecanismo deviene idóneo y eficaz en el caso concreto, tema sobre el cual expresó la Corte:

"En relación con la idoneidad y eficacia de los otros medios de defensa judicial a disposición de las personas, esta Corporación ha considerado que "el medio debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales"²⁸ y que el medio "debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho"²⁹.

Así bien, para determinar la concurrencia de estas dos características (idoneidad y eficacia), debe estudiarse si en cada caso concreto se cumple con los siguientes presupuestos:

***"(i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración"*³⁰ (Destaca el Tribunal).**

Así, entonces, la alta Corporación también ha expresado que cuando el accionante para proteger sus derechos cuenta con la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, invocando para tal fin la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, resultando relevante que dentro de esa misma acción el demandante, en caso de advertir la inminencia de un perjuicio irremediable, puede hacer uso de la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo mientras se decide de fondo sobre la nulidad del mismo, resulta irrefutable que el derrotero a seguir estará determinado por el ejercicio de dicho mecanismo, que resulta idóneo para la salvaguarda efectiva de sus derechos y no la acción de tutela.

2. Decisión del caso

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, solicitó la protección constitucional de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la declaratoria de estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica, y los consagrados en la Constitución Política y en Tratados Internacionales que versan sobre los derechos humanos y que conforme lo ordena en el artículo 93 Carta prevalecen sobre el orden interno, los que a su juicio se encuentran vulnerados por la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca al declararlo insubsistente del

²⁸ Sentencia T-891 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-597/15, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

cargo que desempeñaba como Subgerente del Área de salud de esa entidad, no obstante que frente al estado de excepción ninguna entidad pública puede suspender o terminar la vinculación laboral de los servidores públicos.

El juez constitucional de primer grado resolvió declarar improcedente el amparo solicitado por el actor al considerar que puede demandar ante el juez administrativo, a través del control de nulidad y restablecimiento de derecho, conforme lo establece el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, y hacer uso de las medidas cautelares previstas para tales eventos, amén que no se avizoró ni se demostró la afectación de su subsistencia que le pueda ocasionar un perjuicio irremediable, pues recibe ingresos del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E., decisión que impugnó el accionante argumentando que no alega el quebrantamiento de su mínimo vital sino el derecho al trabajo y el debido proceso, que fueron vulnerados por la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca al emitir el acto administrativo que lo declaró insubsistente del cargo, toda vez que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Legislativo No. 491 del 21 de marzo de 2020 y la Circular Externa No. 0022 de 2020, prohibió despedir a los servidores públicos en razón al estado de emergencia económica, social y ecológica que atraviesa el país.

Precisado lo anterior, debe determinarse en primer lugar, si en el caso concreto resulta procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental invocado por el actor constitucional.

Como se expuso en las precisiones jurídicas previas, por regla general la tutela es improcedente contra actos administrativos de carácter particular y concreto, porque éstos pueden ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una excepción a dicha regla, al habilitar la procedencia del amparo constitucional de manera definitiva cuando se evidencia la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable. En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de tal perjuicio.

Pues bien, como reconoció el mismo actor en su escrito de impugnación no existe un perjuicio irremediable ni alega la afectación al mínimo vital, sino la inconstitucionalidad e ilegalidad de la declaratoria de insubsistencia del cargo que ocupaba como Subgerente del Área de Salud de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, en tiempos de declaratoria de emergencia. Por ello, y frente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial al cual puede acudir el actor para formular su queja contra el acto de la ESE accionada que lo desvinculó del cargo

de Subgerente del Área de salud de esa entidad, que prevé también como medida provisional la suspensión del mismo, improcedente resulta el amparo solicitado.

Téngase en cuenta, además, que la accionada expuso en su informe que la insubsistencia es una causal libre de retiro del servicio y una facultad discrecional de remoción en cabeza del nominador, en virtud de la cual puede terminar la vinculación del servidor designado cuando se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad, y que en uso de tal potestad fue retirado del cargo el señor JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, sumado a la necesidad del mejoramiento de la calidad del trabajo, toda vez que el 5 de mayo de la presente anualidad recibió queja del personal asistencial donde informaban el "*defectuoso desempeño*" del señor MONTERO BERNIER.

La Jurisprudencia Constitucional ha señalado que todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula laboralmente a una persona deben motivarse³¹. Sin embargo, también ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a "*la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados*", y las personas nombradas en estos empleos no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del oficio que desempeñan³².

De otra parte, con respecto a la inconformidad del impugnante, para quien el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Legislativo No. 491 del 21 de marzo de 2020 y la Circular Externa No. 0022 de 2020, prohibió despedir a los servidores públicos en razón al estado de emergencia económica, social y ecológica que atraviesa el país, se pasa a efectuar el análisis que a continuación se reseña.

Con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19 y, entre otros, el decreto legislativo No. 488 del 27 de marzo 2020, por el cual se dictan medidas de orden laboral, se buscó la protección del empleo con ocasión del COVID -19 y la declaración de la emergencia sanitaria, dictándose en virtud de ello

³¹ Entre otras, ver las Sentencias SU-054 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-686 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-222 del 10 de marzo de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-292 del 16 de marzo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³² SU-691 de 2017 con ponencia del Dr. Alejandro Linares Cantillo

varias circulares por el Ministerio del Trabajo, que prevén una serie de mecanismos que los empleadores pueden optar e implementar en atención a la orden de asilamiento preventivo obligatorio, tales fueron: (i) trabajo en casa; (ii) teletrabajo; (iii) jornada laboral flexible; (iv) vacaciones anuales anticipadas y colectivas; (v) permisos remunerados - salario sin prestación del servicio, y; (vi) salario sin prestación del servicio. El tema se desarrolló en la Circular No. 0021 de 2020 de dicha cartera ministerial.

Posteriormente, se profirió el Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo 2020, *"por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, cuyas reglas no modifican la normatividad existente sobre el tema objeto de debate, esto es la discrecionalidad del nominador de disponer de un cargo de libre nombramiento y remoción, como se pasa a explicar.

Así, en relación con la protección otorgada para los servidores públicos y contratistas de prestación de servicios en el Decreto legislativo 491 de 2020, se tiene, que el artículo 15 viabiliza que las funciones de los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas se cumplan mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para el efecto le ordena a las autoridades que tomen las acciones a que haya lugar y las habilita para asignar actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan, cuando las atribuidas en el manual de funciones no se puedan cumplir desde la casa. Así mismo, ordena que durante el período del aislamiento preventivo obligatorio no se debe suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los servidores públicos.

Adicionalmente, el Decreto 491 de 2020 en el artículo 16 habilita para que las personas naturales vinculadas a las entidades públicas, mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, continúen desarrollando sus objetos y obligaciones contractuales mediante la modalidad de trabajo en casa, aun en el caso de que sus actividades deban cumplirse de manera presencial. Igualmente, señala que la Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria decretadas, no constituyen causal para terminar o suspender unilateralmente los respectivos contratos, no obstante, podrán ser terminados por las causales señaladas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias.

Ahora bien, aunque en la Circular Externa No. 0022 del 19 marzo 2020, se indicó, que *"En virtud del compromiso de este Gobierno y del llamado que hace la Organización Internacional del Trabajo a todos los gobiernos del mundo, para proteger a los trabajadores, estimular la economía y el empleo, y sostener los puestos de trabajo y los ingresos en la crisis por la que atraviesa el planeta con la pandemia del COVID19, este Ministerio informa que en razón a la suspensión de términos en todas las sedes, no se ha emitido autorización alguna de despido colectivo de trabajadores, ni de suspensión de contratos laborales"*, lo cierto es que tal protección está dirigida, como se señaló en su encabezado, a los *"Empleadores y trabajadores del sector privado"*, por lo que no aplica al accionante quien ostentaba una relación legal y reglamentaria, como que fue nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción en el cargo de Subgerente del Área de la Salud de la planta de personal de la ESE JAIME ALVARADO & CASTILLA de Arauca, mediante la Resolución No. 063 de abril 2 de 2020.

Por lo anterior, y como se dejó señalado líneas atrás, para la Corte la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores, situación que no resulta afectada en virtud al estado de excepción originado por la pandemia del Covid-19, razón por la cual, y en atención al principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela, subsiste su improcedencia para obtener el reintegro al cargo de Subgerente del Área de la Salud de la ESE accionada.

Téngase en cuenta al respecto, que si bien el Decreto Legislativo 491 de marzo 28 de 2020, indica que la Organización Internacional del Trabajo - OIT insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para *"(i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generadas por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida"*, con la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19 y la expedición de los decretos para afrontar dicha emergencia, no se modificaron las normas sobre administración de personal y en tal sentido, tampoco fueron reformadas las disposiciones sobre retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción, como lo señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública en el Concepto 146271 de 2020.

Consecuente con lo hasta aquí dicho, la Sala considera que lo argumentado por el accionante no habilita la procedencia excepcional del amparo constitucional, por lo que se declarará la improcedencia de la presente acción.

Bajo este panorama esta Corporación confirmará la sentencia del 28 de mayo de 2020, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones mixtas de Arauca que declaró improcedente la solicitud de amparo promovida por JORGE ELIECER MONTERO BERNIER, por las razones expuestas en esta providencia.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

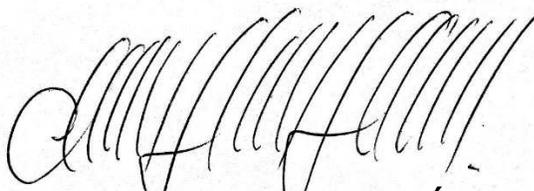
RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE el fallo impugnado, sentencia del 28 de mayo de 2020, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Arauca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MATILDE LEMOS SAN MARTÍN
Magistrada Ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

*Radicado: 2020-00059-01
Impugnación de Tutela – 2ª Instancia
Accionado: E.S.E. Jaime Alvarado & Castilla
Accionante: Jorge Eliecer Montero Bernier*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. F. Jaraba Alvarado', with a large, sweeping flourish above it.

MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO
Magistrado